

© **Cadernos de Direito Actual** N° 8 Núm. Ordinario (2017), pp. 413-437  
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

## **El Reconocimiento del Derecho Consuetudinario Indígena como Derechos Humanos: su estado en el Derecho Chileno Moderno**

*The Recognition of Indigenous Customary Law as a Humans Rights: Its status in Modern Chilean Law*

**Alvaro Espinoza Collao**<sup>1</sup>

Universidad de Tarapacá - Chile

**Sumario:** 1.- Introducción. 2.- La Costumbre como manifestación natural de lo Jurídico. 3.- La revitalización del Derecho Consuetudinario Indígena en un Contexto de Pluralismo Jurídico. 4.- La Costumbre Indígena como fuente del Derecho nacional, a partir de su consagración como Derechos Humanos. 5.- Conclusiones. 6.- Bibliografía.

**Resumen:** En la actualidad estudiar el valor de la costumbre en el Derecho resulta de interés por diversas razones. Primero, porque el devenir del Derecho moderno ha modificado su estructura jurídica, en gran parte debido a la inserción de principios emanados desde los tratados internacionales de Derechos Humanos. En este contexto, el mandato de restablecer un pluralismo jurídico en materia de derechos indígenas, ha elevado el requerimiento de buscar nuevas herramientas para cumplir con esta obligación. En este escenario, el Derecho consuetudinario se expresará como una herramienta eficaz y dútil para este propósito. Debido a su carácter de manifestación natural de la estructura social y cultural de un pueblo, sobre ello se construye cualquier noción jurídica en un tenor de legitimidad, validez y pertinencia. A partir de esta propuesta, este artículo presenta un estudio de la costumbre como elemento jurídico en el ámbito del Derecho indígena fijado en el sistema jurídico chileno. Para este efecto, se realiza un análisis de naturaleza histórica-jurídica, al mismo tiempo se desarrolla un análisis jurisprudencial tanto nacional como internacional, resaltando su situación en nuestros días, como una herramienta efectiva dentro de la práctica judicial.

**Palabras Claves:** Costumbre – Derecho Consuetudinario- Indígena- Derechos Humanos.

**Abstract:** Currently studying the value of custom in the law is of interest for various reasons. First, because the evolution of modern law has modified its legal structure, largely due to the insertion of principles emanating from international human rights treaties. In this context, the mandate to re-establish a legal pluralism in the area of indigenous rights has raised the requirement to seek new tools to comply with this obligation. In this scenario, customary law will be expressed as an effective and ductile tool for this purpose. Due to its character of natural manifestation of the social and cultural structure of a people, on it any legal notion

---

<sup>1</sup> Abogado, académico de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Tarapacá, sede Iquique- Chile, Doctorando en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona, Master en especialización en Investigación Jurídica por la Universidad de Zaragoza, Master en Educación por la UMCE.

is constructed in a tenor of legitimacy, validity and pertinence. From this proposal, this article presents a study of custom as a legal element in the field of indigenous law set in the Chilean legal system. For this purpose, an analysis of historical-juridical nature is carried out, at the same time a national and international jurisprudential analysis is developed, highlighting its situation in our days, as an effective tool within the judicial practice.

**Keys Words:** Custom - Customary Law - Indigenous - Human Rights.

### Introducción.

La relación entre el Derecho y la costumbre no es un problema filosófico sino histórico<sup>2</sup>. Uno de los reflejos constantes del dinamismo jurídico, consiste en un vaivén permanente entre un Derecho espontáneo de carácter consuetudinario y un Derecho escrito surgido de la reflexión del legislador. Este transitar en la historia se ha manifestado con distintas intensidades, si bien, instantáneamente las referencias son al último proceso de codificación representado por la elaboración del Codex Francés, es posible observar procesos de características similares desde tiempos remotos<sup>3</sup>.

De esta manera, tempranamente se manifiesta en Roma la transición de un Derecho consuetudinario a una etapa de Códigos. Este proceso se replicará en distintas comunidades de manera simultánea, siendo común la transformación de costumbres conservadas en la memoria de ciertas castas a leyes grabadas sobre tablas y exhibidas públicamente, el ejemplo más visible lo observamos en las leyes de las XII Tablas<sup>4</sup>.

El principal fundamento al que se acude en la génesis de los procesos de codificación, se asienta en la necesidad de seguridad jurídica, según la doctrina esto suele estar ligado a periodos de expansión económica y a instancias de intercambios que manifiestan lo inadecuado de un sistema jurídico. Esto tendría a su vez injerencia en la proliferación de legislación, complejizando el sistema de fuentes del Derecho, produciéndose lo que Cabrillac ha denominado crisis de las fuentes del Derecho<sup>5</sup>.

Conforme lo anterior, es posible observar que la creación jurídica predominante a partir del siglo XIX, centrará mayoritariamente su atención en el estudio de la norma jurídica escrita y en el establecimiento de sistemas jurídicos coherentes<sup>6</sup>. La doctrina más brillante de cada tiempo, estudiará entre sus

---

<sup>2</sup> Desde esta perspectiva según Bodenheimer, en nuestra época la costumbre comprende aquellas reglas de conductas que el Estado no considera suficientemente importante para integrarlas como reglas generales. BODENHEIMER, E., *Teoría del Derecho*, (Trad. Vicente Herrero), Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1989, p. 103.

<sup>3</sup> En opinión de Ross la aversión de la revolución francesa por el Derecho consuetudinario y la jurisprudencia como fuentes del Derecho, se vincula a una reacción general que tiene como base la existencia de muchas costumbres difíciles de armonizar y de una jurisprudencia corrupta y arbitraria, esto allanará el camino para que "*los revolucionarios ansiaran la ley como la nueva tierra prometida*". ROSS, A., *Teoría de las fuentes del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p.89.

<sup>4</sup> SUMNER MAINNE, H., *El Derecho Antiguo*, Editado por Escuela Tipográfica del Hospicio, Madrid, 1893, p. 21.

<sup>5</sup> CABRILLAC, R., *Las Codificaciones*, traducido en el proyecto de traducciones de obras francesas contemporáneas del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Editorial Flandes Indiano, Santiago, 2009, pp. 76 – 89.

<sup>6</sup> Recordemos, que esta cuestión primordial en la separación entre Derecho natural y positivo, ha sido superada desde la inserción de una mirada tridimensional del Derecho. Esta mirada del formalismo jurídico que consiste en una visión reducida, incompleta, unidimensional y formal del Derecho, ha sido sustituida por la concepción que lo comprende en su totalidad como una disciplina tridimensional. LARRAURI TORROELLA, R., "*Enseñanza del concepto de Derecho desde la Filosofía del Derecho contemporánea*", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho* año 4, número 7, 2006, p.154

objetivos los problemas que plantea el paradigma de un sistema jurídico único<sup>7</sup>. Sin embargo, los contrapuntos que genera la existencia de más de un ordenamiento jurídico y la coordinación de esta relación, resultará una cuestión de difícil resolución hasta nuestros días.

En opinión de Bobbio, entre los principales conflictos que esta realidad nos plantea se encontraría: a) determinar si el conjunto de normas se conforma como una unidad; b) definir la existencia de jerarquías entre ellas; c) determinar si este conjunto de normas, logra el carácter de sistema; esto último dirigirá la atención al estudio de las antinomias; d) definir si este sistema es completo, con ello se estudiará la respuesta a las lagunas legales.

Desde esta perspectiva, en momentos en que los movimientos ideológicos respecto a las fuentes del Derecho, parecieran haber logrado un sosiego bajo la sombra del predominio de la ley<sup>8</sup>; el dinamismo constante de la humanidad y su reorientación en su concepción de lo justo, nos pondrá en la necesidad de acudir nuevamente a desempolvar la vieja costumbre como herramienta para resolver los conflictos que se presentan en nuestra sociedad compleja, en este caso en nombre de los Derechos Humanos.

En la percepción moderna del Derecho occidental, los cimientos de su estructura resultan conocidos. Entre lo más relevantes podemos destacar: a) la asunción omnipotente de la ley como principal fuente de Derecho<sup>9</sup>; b) el Estado como único ente encargado de crear el Derecho; c) reducción del juez a la voz de la ley, restringiendo sus facultades de interpretar el Derecho; d) por ello, el Derecho escrito se exhibe en nuestros días como la respuesta acabada de la ciencia jurídica, con miras a terminar con la incerteza e inseguridad. Esto nos permite entender que la política moderna *"disuelva la legitimidad en la legalidad establecida y, mediante ella, termina atentando contra toda legitimidad posible"*, esto ya que la legitimidad del sistema descansa básicamente en la ley, principal expresión del Derecho actual, entonces la comunidad esta distante vaciando su función política de todo contenido real<sup>10</sup>.

En la actualidad, un estudio de la costumbre indígena con enfoque jurídico es importante por diversas razones. Primero, porque el Derecho consuetudinario se manifiesta como una de las expresiones de la estructura social y cultural de un pueblo. En esto se construye cualquier expresión de lo jurídico en un contexto de legitimidad, validez y pertinencia. En este sentido, la vieja escuela histórica postulaba que el Derecho emanaba del espíritu del pueblo *"volksgeist"*, igual que la lengua y el folclore<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis, 1994, p.152.

<sup>8</sup> Un interesante estudio sobre la teoría de las fuentes del Derecho véase en: GARCÍA-GALLO, A., *Antología de las Fuentes del Antiguo Derecho*. Manual de Historia del Derecho Español II, segunda edición, Madrid, 1964.

<sup>9</sup> Según esta opinión, todo Derecho, en su estado normal, no es más que el resultado de la ley, esto es, de los actos emanados de la potestad suprema del Estado; la ciencia del Derecho se ocupa únicamente de este contexto. Savigny, critica el sentido que ha tomado el Derecho y la Ciencia Jurídica, en cuanto a su carácter variable, señalaba en su tiempo, que es perfectamente posible que el Derecho de hoy sea en un todo distinto del de ayer. Por donde un Código perfecto estimase una necesidad capital, y sólo cuando falta, se cree poder recurrir, como por triste necesidad, a la ayuda del Derecho consuetudinario, que se conceptúa, por lo demás, vago é insuficiente suplemento. SAVIGNY, K., *De la vocación de nuestro siglo para la Legislación y para la Ciencia del Derecho*, (Trad. Por A. Posadas), La España Moderna, Madrid, p.21

<sup>10</sup> BAUTISTA, R., *La Descolonización de la Política: Introducción a una Política Comunitaria*, Plural Editores, La Paz, 2014, pp. 131-132.

<sup>11</sup> Una de las vertientes de esta escuela se dedicará entonces a estudiar el Derecho como una expresión propia y diferenciada de cada pueblo. Por su parte otra línea, se centrará a analizar el Derecho Romano como una expresión superior de perfección de un sistema jurídico. Esta última es la que ha dejado un mayor legado en atención a la realidad del fenómeno jurídico en nuestros tiempos.

Luego, porque se asocia al requerimiento existente en nuestros tiempos para que los Estados apliquen el Derecho propio de los pueblos indígenas en la resolución de sus conflictos. Esto a partir de la vigencia de instrumentos internacionales especiales que consagran los derechos humanos vinculados a los pueblos indígenas, que en términos generales han incorporado la obligatoriedad de que los Estados apliquen las instituciones propias de cada cultura<sup>12</sup>. A esto se vincula directamente la revalorización moderna de la costumbre jurídica. Este último factor, además resulta crucial para la relevancia que un buen Derecho tiene en la identidad cultural de un pueblo<sup>13</sup>.

A partir de esta propuesta, se presenta el devenir de la costumbre como elemento jurídico. Pasando desde su situación como institución primaria, a una subordinación absoluta al mandato legal, para volver en nuestros días como una herramienta relevante dentro de la práctica judicial de los tribunales internacionales y nacionales. Todo esto dentro de un contexto de constante tensión entre la norma nacional y los principales instrumentos internacionales que consagran derechos humanos para los pueblos indígenas.

## 2.- La Costumbre como Manifestación Natural de lo Jurídico.

Desde la perspectiva jurídica la costumbre históricamente se ha manifestado como la forma genuina que tiene la sociedad de resolver sus conflictos. De esto deriva la asociación del Derecho consuetudinario a una etapa primitiva, previa a un Derecho que se presume mejor<sup>14</sup>. Sin embargo, desde inicio del siglo XX, estas nociones comenzarán a discutirse en cuanto a adjudicar con exclusividad la ley a las sociedades con escritura y propiedad Privada. En su lugar, se levantarán teorías como el funcionalismo, el particularismo histórico y el concepto de cultura<sup>15</sup>.

Un análisis acabado de la costumbre, nos dará cuenta que su relevancia se extiende más allá de su carácter de fuente de Derecho, punto al que se refieren generalmente los estudios con enfoque jurídico como consecuencia del predominio de la teoría normativista<sup>16</sup>. Su estudio, nos permite aseverar que en su naturaleza de fuente se constituye como la mayor relevancia en el tiempo, elaborando de

---

<sup>12</sup> Dentro de estos instrumentos internacionales podemos destacar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos que señala en su artículo N° 27: "*En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma*".

<sup>13</sup> Desde las ciencias sociales se ha señalado que la identidad cultural es primordial porque la pertenencia al grupo étnico "*es la primera y la más fundamental de las pertenencias sociales, aquella en la que se crean los vínculos más determinantes porque se trata de vínculos basados en una genealogía común*". De esta manera, se vinculan aspectos estructurantes para la pertenencia de los individuos a un colectivo, tales como la lengua, la cultura, la religión, la solidaridad, el vínculo a un territorio, entre otros. CUCHE, D., *La Noción de Cultura en las Ciencias Sociales*, (trad. P. Mahler), Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 2002, p. 108.

<sup>14</sup> Señala Carbonnier que el Derecho consuetudinario siendo el más antiguo y auténtico, tropieza con el inconveniente de su vaguedad e imprecisión. Esto justificaría el advenimiento del Derecho escrito, el cual será visto y sigue siendo tenido como un medio de certeza con características de formalidad, publicidad, estabilidad que contribuyen a dar seguridad jurídica. CARBONNIER, J., "*Tendances actuelles de l'art législatif en France*", en *Essais sur les lois*, 2e éd., Répertoire du notariat Defrénois, Paris, 1995, p. 266.

<sup>15</sup> POOLE, D., "*Los usos de la costumbre Hacia una antropología jurídica del Estado neoliberal*", en *Revista Alteridades*, vol. 16, núm. 31, enero-junio, 2006, pp. 9-21 Universidad Autónoma Metropolitana Unidad, pp. 10-11.

<sup>16</sup> Bobbio, señala que la historia del hombre se exhibe como un conjunto de ordenamientos normativos que se suceden integrándose y contraponiéndose. Así, estudiar una civilización desde el punto de vista normativo, significa cuestionarse respecto a que acciones fueron prohibidas, permitidas y cuales se definieron como obligatorias, es decir cuál fue la dirección en la que se encamino a los individuos. BOBBIO, N., *Teoría General...*, cit. n. 7, p.4.

manera continua, permanente y silenciosa la norma jurídica<sup>17</sup>. En este aspecto, Levy – Bruhl destacaba como la fuerza vital de las instituciones jurídicas, que tiene una esfera de aplicación de carácter indefinido<sup>18</sup>. Sin embargo, su importancia radica en su carácter multifactorial asociado a elementos de validez y eficacia, como también a una variable de tipo política<sup>19</sup>. De esta forma presenta una utilidad permanente para el Derecho, como una amalgama que une las distintas piezas de un rompecabezas.

Grossi indica que la costumbre jurídica es *“un hecho humano que se repite de una manera duradera porque, en este hecho, la conciencia colectiva encuentra un valor que debe observar y conservar”*<sup>20</sup>. Siendo posible destacar su relevancia como producto social, cuyo origen radica en la colectividad, suprimiendo la ficción de la representatividad democrática de los sistemas modernos. Así, la costumbre nace como elemento natural de la soberanía popular. A *contrario sensu*, cuando el Derecho se incorpora a un Código, su elaboración se construye desde afuera, teniendo como premisa la representación del legislador, perdiendo su construcción espontánea. Uno de los aspectos diferenciadores, consistiría entonces en esta reflexión que se desarrolla bajo un modelo de representación distante.

Las normas que emanan de las prácticas consuetudinarias nacen y actúan simultáneamente en la conciencia colectiva. Por el contrario, la ausencia de esta conexión provoca que en el Derecho reflexivo la coacción pase a tener la naturaleza de un elemento esencial. Por ello, para Weber la costumbre aparece como una norma no garantizada exteriormente mediante coacción, a la que de hecho se atiene el actor en forma voluntaria, ya sea sin reflexión o por comodidad, y cuyo probable cumplimiento puede esperar de otros hombres pertenecientes al mismo círculo por las mismas razones. Desde esta perspectiva, la costumbre no encaja en la naturaleza propia de una norma jurídica, cuyo elemento diferenciador es justamente dicha coacción. Sin embargo, por su naturaleza actúa como una importante fuente generadora de Derecho, en cuanto *“el tránsito de costumbre al Derecho es absolutamente fluido. Por doquier, lo que de hecho se viene haciendo es padre de lo que luego pretende validez”*<sup>21</sup>.

Resulta innegable en todos los tiempos, que junto al Derecho promulgado se desarrollan fenómenos jurídicos paralelos que la técnica moderna no logra encajar plenamente en su noción de sistema jurídico. Dentro de estos espacios marginales, se engloban distintas situaciones, solo a modo de ejemplo : a) zonas de no Derecho en que la norma se repliega o parece ausente bajo un enfoque de realidad; b) antinomias como consecuencia de la existencia de múltiples centros de creación jurídica, quizás la más importante de ellas ocurre en el ámbito internacional y la creación de tratados internacionales; c) la coexistencia de diversos grupos

---

<sup>17</sup> En este sentido, indicaba Savigny que todo Derecho nace como Derecho consuetudinario, destacando que *“según la expresión no del todo acertada del lenguaje dominante; es decir, todo Derecho es originado primeramente por la costumbre y las creencias del pueblo y después por la jurisprudencia y, por tanto, en todas partes en virtud de fuerzas internas, que actúan calladamente, y no en virtud del arbitrio de un legislador”*. SAVIGNY, K., *De La vocación...*, cit. n.9, p. 21.

<sup>18</sup> LEVY – BRUHL, H., *Sociología del Derecho*, (traducida por Miriam De Winizky), Editorial Universitaria de Buenos Aires, Paris 1961, p.22.

<sup>19</sup> En este sentido, Ross parafraseando a Kelsen, destaca que el Derecho consuetudinario surge de la práctica ejercida por todos los miembros de la comunidad, calificándolo por ello como *“extremadamente democrático”*. Ross, A., *Teoría...*, cit. n. 3, p.370.

<sup>20</sup> Para Grossi el Derecho no nace en sus orígenes como una revelación escrita de la divinidad o de la sabiduría de los sabios, sino de un hecho que se repite y se extiende en el tiempo, como de una observancia colectiva que se constituye principalmente como un elemento de adhesión. GROSSI, P., *La Primera Lección de Derecho*, (trad. De Clara Álvarez), Editorial Marcial Pons, 2006, p.85.

<sup>21</sup> WEBER M., *Economía y Sociedad*, Editorial Fondo de Cultura Económica, (traducido por J. Medina Echavarría et alii)., Madrid, 2002, p.24

vinculados a un Derecho consuetudinario no escrito, el cual de cierta manera reúne a su vez las características de los dos anteriores<sup>22</sup>.

En este sentido, uno de los principales conflictos presente en nuestros días en el Derecho occidental, será la coordinación de estos grupos diferenciados que coexisten bajo la noción de un orden normativo unitario. Debemos recordar que la noción de sistema jurídico, si bien, aparece generalmente asociada a un territorio geográfico, este elemento no resulta esencial para definir un fenómeno como jurídico, el elemento determinante radica en el factor humano, es decir, el hombre asociado con otros. De esta manera, distintos sistemas jurídicos pueden sobreponerse en un mismo espacio territorial. En esto se resume aquello a lo que se ha denominado pluralismo jurídico.

Esta noción de pluralismo en el Derecho resultará un espacio propicio para resaltar la utilidad de la costumbre como fuente de Derecho en nuestros tiempos. En esto cobra sentido, las líneas de Carbonnier, cuando señalaba que las costumbres como expresión de una ideología se constituyen como un motor de cambio de *las partes envejecidas de un código*, y estas, amparadas en una ideología se constituyen como una fuente impenetrable para el Derecho<sup>23</sup>.

Desde esta realidad, la existencia de grupos culturalmente diversificados conllevará a una superposición de sistemas. Frente a ello, aún la respuesta en el Derecho se basa en un ideal ficticio esto es el sistema jurídico como una unidad sin excepciones<sup>24</sup>. Esto en cuanto entendemos que estos grupos intermedios generan estructuras normativas de distinta naturaleza y con sus propias particularidades<sup>25</sup>. Hoy en día, este paradigma ha comenzado a mirarse desde una perspectiva amplia, asumiendo la posibilidad de reconocer no solo a la sociedad global la facultad de creación de normas jurídicas, sino también a otros grupos particulares<sup>26</sup>.

El dinamismo del Derecho determina que iniciado el siglo XXI, este modelo está cambiando nuevamente, como una necesidad de satisfacer los fines del Derecho, con una mirada más pluralista. Como primera etapa, en diversos sistemas se ha acogido positivamente la noción de pluralismo jurídico<sup>27</sup>, cuestión que

---

<sup>22</sup> Levy – Bruhl destaca que, dentro de las manifestaciones exteriores de la costumbre, existen expresiones negativas que se manifiestan en omitir la aplicación del Derecho, señalando la novedad en su tiempo que representaba la preocupación de las ciencias jurídicas por este fenómeno. LEVY – BRUHL, H., *Sociología...*, cit. n. 15, p.22

<sup>23</sup> CARBONNIER, J., Ensayos sobre las Leyes, (traducido por Díez Picazo), L., Editorial Civitas, Madrid, 1998, pp. 142-144.

<sup>24</sup> En esta línea Ehrlich fue uno de los primeros en oponerse a esta concepción resaltando el carácter arbitrario y fictivo de la unidad del orden jurídico. Desde su perspectiva, la fuente principal del Derecho no se encuentra en la legislación, sino en la sociedad misma, esta es posible observarla directamente en la vida social, las transformaciones, los hábitos, los usos de todos los grupos, no solamente de aquellos reconocidos jurídicamente sino también de los grupos ignorados o despreciados por el Derecho e incluso condenados por este Derecho". EHRLICH, E., *"La sociología del diritto"*, Revista internazionale di filosofia del diritto, 1992, pp. 102-107.

<sup>25</sup> CARBONNIER J., *Sociología jurídica*, (traducido por L. Díez Picazo), Madrid, 1982, Editorial Tecnos, pp.115-124.

<sup>26</sup> El Derecho como un producto social siempre tuvo una naturaleza pluralista, la concepción monista que predomina la realidad jurídica es el resultado de un proceso reaccionario asociado directamente con la formación de los Estados nacionales que se construyen tras la disolución de las sociedades medievales. Previo a ello, existió históricamente un reconocimiento de diversos ordenes normativos como la iglesia, el imperio, los feudos, cofradías. Sobre este punto véase: SÁNCHEZ- CASTAÑEDA, A., *"Los Orígenes del Pluralismo Jurídico"*, en *Pluralismo Jurídico e Interculturalidad* coord. Oscar Alba, Editado por la Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente, Bolivia, pp. 30 - 31.

<sup>27</sup> Ejemplo de lo anterior son las diversas naciones latinoamericanas, quizás el más amplio lo encontramos en la actual Constitución boliviana del año 2009, en su Art. 1, define al Estado Boliviano como *"Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías, determina que se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico,*

consagrará como una exigencia a partir del requerimiento de la estructura internacional vinculada a los Derechos Humanos.

### 3.- La Revitalización del Derecho Consuetudinario Indígena en un Contexto de Pluralismo Jurídico.

En la actualidad el concepto Derecho indígena tiene una doble connotación, primeramente, se vincula al ordenamiento jurídico positivo estatal, es decir, a las normas creadas por el Estado, cuyos destinatarios son las comunidades originarias. Un ejemplo, es la propia Ley Indígena creada por el Estado chileno. También, el termino se remite exclusivamente al bloque de tratados internacionales que tratan sobre derechos indígenas, ya sea de manera particular, o bien, indirectamente al reconocer derechos comunes a todos los individuos de la especie humana<sup>28</sup>.

Una vertiente distinta, considera como Derecho indígena, únicamente al conjunto de normas que regulan internamente las relaciones entre sujetos al interior de las comunidades, usualmente se trata de un Derecho cuya principal fuente es la costumbre, por ello su denominación de Derecho Consuetudinario. Se trata de un Derecho generalmente no escrito, que nace de actos reiterados al interior de un grupo humano, respecto a los cuales existe una convicción que deben ser respetados, de ahí su naturaleza jurídica. Entendiendo, que se obedece por un imperativo de naturaleza jurídica, es decir, con carácter de obligatoriedad y no por mera voluntad<sup>29</sup>.

Desde una perspectiva distinta, se indica que no existiría tal concepto, sino derechos propios de cada población indígena, es decir, modelos particulares respecto a cómo las distintas sociedades ordenan su vida social y resuelven sus conflictos. Estos incluirían tanto sistemas con expresiones originarias, como modelos que han ido incorporando elementos foráneos ya sea por imposición o por el simple devenir de un mundo conectado y globalizado<sup>30</sup>.

Para Stavenhagen, es posible concebir el Derecho consuetudinario indígena como *"un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distintas del derecho positivo vigente en un país determinado"*<sup>31</sup>. Debemos destacar que la referencia al carácter de legales de esta norma, desde el Derecho pareciera mal aplicado, en cuanto el concepto ley se vincula a una fuente particular, cuyas características no se condicen con la costumbre desde ninguna perspectiva. Por su parte Aylwin lo conceptualiza como *"aquellas normas y reglas de comportamiento y de convivencia social que existen al interior de cada comunidad o de cada pueblo indígena, y que contribuyen a la integración de cada sociedad, al mantenimiento de*

---

*dentro del proceso integrador del país"*. Otro ejemplo de este reconocimiento lo encontramos en: La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, está en su artículo N°2 reconoce tanto el carácter pluricultural de la nación como su obligación de respetar el Derecho Consuetudinario Indígena; también en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 en su capítulo VIII sobre derechos humanos de los pueblos indígenas; en Ecuador la nueva Constitución del año 2008 en su artículo N°1 se reconoce como plurinacional, entre otros.

<sup>28</sup> Un ejemplo de la utilización en este sentido en: NÚÑEZ, M., *Invitación al Estudio del Derecho y los derechos de los pueblos indígenas en el Chile Republicano, en Normativa Nacional e Internacional sobre Pueblos Indígenas*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2010, pp. 13-47.

<sup>29</sup> Al respecto Alessandri señalaba que este elemento genera discusión, como critica se indica que tiene poco sentido práctico y lógico, en cuanto contiene un circulo vicioso ya que para la formación de la costumbre se requiere la existencia de un imperativo jurídico, mientras que al mismo tiempo la existencia de este imperativo jurídico sugiere que la costumbre ya existe como tal. ALESSANDRI, A. Et alii, *Curso de Derecho Civil*, Tomo I, Vol. I, Editorial Nascimento, Santiago, 1961, p. 99.

<sup>30</sup> SANCHEZ BOTERO, E." *Reflexiones en Torno de la Jurisdicción especial Indígena en Colombia*", en El Derecho Indígena de Hoy en América Latina, Revista del IIDH, Vol. 41, 2005, p.226.

<sup>31</sup> STAVENHAGEN, R., *Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*, en Antología Grandes Temas de la Antropología, p. 16.

su orden interno y a la solución de los conflictos que puedan surgir, incluyendo, por lo tanto, un sistema de sanciones para quienes violan estas normas" <sup>32</sup>.

Mientras Yrigoyen critica la referencia a los sistemas normativos indígenas como usos y costumbres destacando que resulta teóricamente limitado para referirse a ellos, ya que sólo destaca su contexto como prácticas aisladas y repetidas inmemorialmente. En contrario, indica que los estudios empíricos sobre los sistemas normativos indígenas dan cuenta de que no sólo se trata de prácticas aislada, sino que tiene un eje cultural que las articula a modo de sistema, teniendo por tanto naturaleza de sistema normativo, autoridades y procedimientos por los cuales regulan su vida social, resuelven conflictos y organizan el orden interno. Resalta su capacidad de adaptación y cambio, pues han tenido que sobrevivir en condiciones de persecución, respondiendo a necesidades y demandas sociales cambiantes <sup>33</sup>.

El componente consuetudinario de los derechos indígenas latinoamericanos, resulta quizás su principal particularidad, su atención y estudio de carácter multidisciplinario, ha permitido trazar transversalmente puentes desde distintas áreas de las ciencias sociales <sup>34</sup>. Sin embargo, su estudio y atención no son exclusividad de la política moderna. Tal como señala Tau, la preocupación por estudiar las costumbres indígenas será tempranamente objeto de interés en el encuentro con Europa. El efecto será una *mestización jurídica*, es decir, el sincretismo de instituciones europeas con las costumbres de las sociedades americanas, en este proceso claramente la relevancia de una y otra resultará asimétrica en su proyección <sup>35</sup>.

Los datos indican que la corona española ordenará tempranamente el estudio de los usos indígenas con el fin reportar dichos antecedentes para la toma de decisiones. En esta línea Levaggi cita el caso de la Real Cedula del 20 de diciembre de 1553. Este documento histórico incita a las audiencias a informarse por los indios viejos de cada provincia respecto del tributo que estos pagaban a los antiguos señores y sobre la autoridad de los caciques y la sucesión de cacicazgos esto "*como cosa que mucho importa, y conviene al descargo de la conciencia de su majestad*" <sup>36</sup>.

También los antecedentes demuestran que la idea de que las poblaciones indígenas fueran juzgadas por su propio Derecho consuetudinario estarán presente desde los primeros tiempos. Un ejemplo se observa en Real Cedula de Felipe II dirigida a la audiencia de Charcas del 23 de septiembre de 1580. En esta el monarca haciendo alusión a las injusticias que generaba el juzgar a los indígenas bajo las normas de la corona, señalaba: "*como sabéis tenéis orden precisa de que en los pleitos de los dichos indios no hagan procesos ordinarios y que sumariamente se determinen guardando sus usos y costumbres, no siendo claramente injustas, y de no hacerse así, demás de seguirse tanto daño a los dichos indios, Nos somos de servido*".

---

<sup>32</sup> AYLWIN, J., "*Derecho Consuetudinario Indígena en el Derecho Internacional Comparado y en la Legislación Chilena*", en Actas del Segundo Congreso Chileno de Antropología. Tomo I., p. 189.

<sup>33</sup> YRIGOYEN, R., *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Fundación Myrna Mack, Guatemala, 2003, p. 16

<sup>34</sup> Sobre la materia: CASTRO, M. et alii, *Los Puentes entre la Antropología y el Derecho, Orientaciones desde la Antropología Jurídica*, Editado por el Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2014.

<sup>35</sup> TAU, V., "*El poder de la costumbre: Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación*", 2000, p. 40, Recurso Electrónico, Disponible en: <http://www.larramendi.es/i18n/consulta/registro.cmd?id=1115> [visitado 24/07/2017]

<sup>36</sup> Véase en este sentido otros ejemplos señalados en LEVAGGI, A., "*Notas sobre las vigencias de los derechos indígenas y la doctrina indiana*" en Revista Complutense de Historia de América, 17, 79-91, Edit. Universidad Complutense, 1991, p. 79.



En la Recopilación de Indias de 1680 este principio se reiterará señalando: "ordenamos y mandamos que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos y que no se encuentran con nuestra Sagrada Religión ni con las leyes de este libro y las que han hecho y ordenado de nuevo se guarden y ejecuten..."<sup>37</sup>. Sobre este aspecto Guzmán Brito indica que la Recopilación solo reconocía a la costumbre *secundum legem*, pero guarda silencio respecto de otros tipos de costumbre. Sin embargo, este silencio será suplido por la práctica de los juristas quienes aplicaron otras formas de costumbres incluso *contra legem*<sup>38</sup>.

Debemos destacar que conforme al modelo de "status" que imperaba en el Derecho castellano, resultaba esperable que este modelo se replicará en América existiendo la necesidad de encajar a los indígenas dentro de esta estratificación, cuestión que llevará al establecimiento de un régimen jurídico diferenciado. De esta manera se aplicarán tres categorías del Derecho castellano, la de rústico, miserable y menor. Se les otorgará el carácter de rústicos "a quienes vivían por fuera del ámbito de la cultura letrada y urbana, y a quienes, por lo tanto, se les permitía regirse según sus costumbres, como una manera de relegarlos a la marginalidad de las instituciones"<sup>39</sup>.

Se postula que la intención de respetar las costumbres indígenas tendrá como principal objetivo facilitar la dominación del conquistador, como dice Boaventura de Souza "esto permitirá el ejercicio de la soberanía colonial sobre los diferentes grupos, reconociendo los derechos precoloniales, para manipularlos, subordinarlos y ponerlos al servicio del proyecto colonial"<sup>40</sup>. Sostenemos que esto responde también a la realidad de las fuentes jurídicas en Europa de la época, cuyo modelo asentado sobre una noción de pluralismo jurídico, daba valor a la costumbre como fuente de Derecho, conforme al requerimiento de respeto por la diversidad jurídica exigida por las distintas comunidades.

Debemos destacar que cualquier acogimiento de costumbres indígenas estará restringida al límite de no oponerse a la fe cristiana, barrera infranqueable para los propósitos colonizadores<sup>41</sup>. En este sentido, la conquista estará sujeta a

<sup>37</sup> Recopilación de Indias. 2. 1. 4.

<sup>38</sup> Guzmán, resalta que el Derecho especial indígena se conservó en la medida que la población originaria evito la asimilación, pero como efecto directo esta regla de la Recopilación contribuirá a generar nuevas costumbres producto del mestizaje. GUZMÁN BRITO, A., *Andrés Bello Codificador Historia de la Fijación y Codificación del Derecho Civil en Chile*, Tomo I, ediciones de la Universidad de Chile, Santiago, 1982, pp. 44-46.

<sup>39</sup> Señala Ceballos-Bedoya, que esta condición de "rústico", "miserable" y "menor", hará al indio merecedor de un trato especial por el Derecho, por lo cual se le eximía de muchos pagos ante la justicia y estaba exento de la aplicación de ciertos castigos y de la jurisdicción de la Santa Inquisición. De la misma manera, se intentará crear una jurisdicción especial para los indios, que permitiera solucionar con celeridad y a bajo costo los conflictos en los que estuvieran involucrados. CEBALLOS-BEDOYA, N., "Usos indígenas del Derecho en el Nuevo Reino de Granada. Resistencia y pluralismo jurídico en el derecho colonial. 1750-1810", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2011, 13, (2), pp. 228-229.

<sup>40</sup> El autor citando a Griffiths nos habla de un pluralismo jurídico débil, en cuanto los sistemas jurídicos pre coloniales no son considerados en sus propios términos sino puestos al servicio de una dominación altamente centralizada como la colonial. DE SOUSA, B., *Sociología Jurídica Crítica, Para un nuevo sentido común en el Derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 54.

<sup>41</sup> En este sentido, Bonfil indica que bajo este paradigma lo relevante es la situación de contraste, la relación excluyente frente a la religión del conquistador. Desde esta mirada, todos los pueblos aborígenes quedan equiparados, "porque lo que cuenta es la relación de dominio colonial en la que sólo caben dos polos antagónicos, excluyentes y necesarios: el dominador y el dominado, el superior y el inferior, la verdad y el error". Con este propósito el orden legal impuesto se conforma como una garantía para el dominio colonial. BONFIL G., *El Concepto de Indio en América: Una Categoría de la Situación Colonial*, en *Anales de la Antropología*, Revista del Instituto de Investigaciones Antropológicas de la UNAM, México, Vol. 9, 1972, pp. 111-112.

principios definidos no por el Derecho, sino por la teología, en esto hundirá sus raíces la presunción civilizatoria. Fuera de ella, podrán existir otras prácticas espirituales pero no otra religión, podrán existir costumbres pero jamás un Derecho contrario al del colonizador<sup>42</sup>. Esta cuestión, sentará conciencia en lo jurídico impidiendo el respeto quizás de las zonas más relevantes de las culturas prehispánicas, así por ejemplo, respecto de las normas de familia y un número importante de normas penales indígenas<sup>43</sup>.

Posteriormente, manteniendo este concepto monista en la creación jurídica en el proceso de formación del Estado moderno existirá un traspaso de una diversidad de centros de creación jurídica pasando a una monopolización de su producción. Este control en la elaboración jurídica por parte de los nuevos Estados, sumergirá el sentido pluralista del Derecho durante largo tiempo para convertirse en una realidad uniforme<sup>44</sup>. Sin embargo, esta uniformidad en lo jurídico responde más a un deseo de naturaleza utópica que a una descripción de realidad. Esto en cuanto nuestra naturaleza humana de origen diversa, conllevará permanentemente al encauzamiento a fenómenos con matiz de diversidad en el Derecho.

Prueba de lo anterior, es el permanente surgimiento sistemas jurídicos al margen del Estado, o más bien, distintos al Estado. Dentro de ellos se agruparán aquellos a los cuales el sistema reconoce formalmente como el Derecho Internacional o el Derecho canónico. Pero también se mantendrán otros de naturaleza diferente como los sistemas jurídicos indígenas. A esto se refiere Wolkmer cuando nos habla de un pluralismo jurídico estatal y otro pluralismo jurídico comunitario. Dentro del primero se agrupan los modelos reconocidos y controlados con mayor o menor autonomía por el Estado, en los segundos, se integrarán otros espacios con identidad propia, que subsisten independiente del poder del Estado<sup>45</sup>.

En nuestra realidad, aún resulta complejo comprender esta impronta en cuanto convivimos bajo la sombra de un binomio de ideas. Por un lado, la noción de que las normas jurídicas que regulan el comportamiento en sociedad, deben ser similares para todos los ciudadanos. Segundo, toda norma es creación exclusiva del Estado. Este discurso postula aquello denominado una idea monista del Derecho, es decir, un sistema con carácter unitario y universal. Esta concepción monista será el reflejo de las ideas de la burguesía, cuyo objetivo se vincula directamente con la unificación y la reducción de la diversidad desde todas las perspectivas, con miras al reforzamiento del sentimiento nacionalista y del principio de igualdad ante la ley<sup>46</sup>.

En la modernidad la noción de pluralismo jurídico, ha conllevado también el debilitamiento del paradigma de un sujeto único en el Derecho. En este sentido, para analizar la relevancia de la costumbre se debe distinguir entre costumbre

---

<sup>42</sup> CLAVERO B., Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América, Editorial Siglo XXI, Madrid, 2009, p.6.

<sup>43</sup> BRAVO, B., "El Derecho Indiano y sus Raíces Europeas: Derecho Común y Propio de Castilla" en Anuario de Historia del Derecho Español, Tomo LVIII, Madrid, 1988, p.3.

<sup>44</sup> Desde esta mirada Grossi, no habla de *absolutismo jurídico* de esta manera la labor de los jueces y de la ciencia jurídica "quedarán reducidas a un estado de servidumbre hacia el legislador". Con esto, alude a que la experiencia de lo jurídico, será minimizado a la repetición de la voluntad de un legislador mayoritariamente no jurista. Esto se reflejará, en una mitificación de lo jurídico, cuestión que se traducirá en la ficción del sistema democrático, en cuanto la ley como una expresión de la voluntad general. GROSSI, P., *La Primera Lección...*, cit. n. 20, pp. 54-58.

<sup>45</sup> WOLKMER, ANTONIO CARLOS, *Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina*, 2003, pp. 7-8.

Disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/otros/20111021100627/wolk.pdf> [visitado 3/10/2017]

<sup>46</sup> KROTZ, E., *Sociedades, Conflictos, Cultura y Derecho desde una Perspectiva Antropológica*, en *Antropología Jurídica: Perspectivas Socioculturales en el Estudio del Derecho*, E. Krotz (coord.), Editorial Anthropos, 2002, p. 16.

indígena y no indígena<sup>47</sup>. En el caso de las sociedades indígenas, la costumbre jurídica penetra en una serie de actos relevantes para cada pueblo, estas particularidades configuran su diversidad que definen su identidad cultural, que traducida en derecho subjetivo de carácter colectivo determina su actual protección consagrada a nivel de Derechos Humanos<sup>48</sup>.

En términos prácticos, esta serie de actos definen las conductas de las personas, configurándose en el imaginario que distingue a un grupo humano de otro. Dentro de estos se integran una serie de materias que aparecen reguladas mediante la costumbre. Entre las más relevantes podemos señalar: a) normas generales de comportamiento público; b) mantenimiento del orden interno; c) definición de derechos y obligaciones de los miembros; d) reglamentación sobre el acceso a recursos, y distribución de los mismos; e) reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios; f) definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente los delitos contra otros individuos y los delitos contra la comunidad o el bien público; g) formas matrimoniales y de construir familia<sup>49</sup>; h) control y solución de conflictos y disputas; i) definición de los cargos y las funciones de la autoridad pública<sup>50</sup>.

El concepto de lo consuetudinario en el Derecho, ha sido revitalizado como una respuesta de las reformas judiciales de las políticas neoliberales en la búsqueda de regular los espacios informales de ejercicio de justicia, en las zonas urbanas esto asumirá diversas formas alternativas de justicia. Mientras en lo rural, la flexibilidad de la categoría de la costumbre como concepto jurídico, se conformará como una alternativa para atender a las poblaciones marginales, esto último apoyado en el concepto de cultura<sup>51</sup>. Desde esta perspectiva es posible relacionar las palabras que Roca Trías *"mientras conserva su autonomía, un pueblo tiene un derecho privado nacional"*<sup>52</sup>.

---

<sup>47</sup> Señala Barrientos, que el acogimiento de esta distinción, constituye un claro ejemplo de la superación de algunas de las ideas claves del racionalismo propio del proceso de codificación, en cuanto su concepción de una aplicación general de la norma sumergía las diferencias culturales bajo una idea de aparente igualdad. BARRIENTOS, J., *El Código Civil, su Jurisprudencia e historia*, Tomo I, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2016, p. 47.

<sup>48</sup> Recientemente la Corte Interamericana de Justicia en la causa Norín Cantriman y otros contra el Estado de Chile se refirió a este derecho a la identidad cultural señalando: *"Los Estados, para garantizar efectivamente los derechos consagrados en el artículo 7 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, al interpretar y aplicar su normativa interna deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. La duración prolongada de la prisión preventiva puede afectar de manera diferenciada a los miembros de pueblos indígenas por sus características económicas, sociales y culturales, que, en el caso de dirigentes de la comunidad, puede también tener consecuencias negativas en los valores, usos y costumbres de la comunidad o comunidades en que ejerce liderazgo"*. Caso Norín Cantriman y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) contra el Estado de Chile, N° 327, sentencia de 29 de mayo de 2014. También en otras causas *"mutatis mutandis"*, Caso CIDH: caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fonda, Reparaciones y Costas. Sentencia de 129 de marzo de 2006, párr. 154, y Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C N° 250, párr. 177.

<sup>49</sup> En este sentido revisar: ESPINOZA, A., *"La Invisibilidad Jurídica de la Familia Andina en el Norte de Chile"*, Revista de Derecho, Vol. XXIX, N°1, año 2016, pp. 119-146.

<sup>50</sup> STAVENHAGEN, R., *Derecho Consuetudinario...*, cit. n. 31, p. 31.

<sup>51</sup> POOLE, D., *"Los usos de la costumbre"*, cit. n. 15, pp. 11-12.

<sup>52</sup> La frase que destaca Roca Trías es de Durán i Bas, complementa en esta línea señalando: *"ó es necesario afirmar que las leyes y sobre todo las políticas y civiles, pueden vivir en divorcio con las ideas ó costumbre de un pueblo en vez de ser su expresión en cada época de la historia, ó se debe reconocer que la idea de universalidad, en la cual descansa la de unidad del derecho civil entre todos los pueblos, no debe imperar por ahora, ó sea mientras las condiciones sociales de cada uno no hayan adquirido carácter de universalidad"*. ROCA TRIAS, E., *La Poscodificación civil: la unidad de Códigos, una política muerta*, en Anuario de Historia de Derecho español, N° 82, 2012, p. 180.

Vale recordar que el Derecho a la identidad cultural, se conforma en nuestros días como una garantía protegida a nivel de Derechos Humanos dentro de un número amplio de instrumentos internacionales<sup>53</sup>. De esta manera, cuando un pueblo deja de dirigirse por su propio Derecho, no solo afecta dicha identidad cultural, sino también pone la coherencia y armonía del sistema jurídico en entredicho, al confrontar su norma interna con los compromisos vinculantes contraídos a nivel internacional. Esto traerá entonces casos difíciles, generando antinomias, propendiendo finalmente a la inseguridad del sistema jurídico.

#### **4.- La Costumbre Indígena como Fuente del Derecho Nacional, a partir de su Consagración como Derechos Humanos.**

Respecto a la costumbre jurídica en el Derecho nacional, podemos destacar que antes de la codificación decimonónica, esta ocupaba un lugar relevante en todo el incipiente escenario jurídico nacional. El origen de su estado serán la amplia aplicación que tenían las Siete Partidas, en ella la costumbre aparece profundamente regulada bajo el título de *"Del uso e de la costumbre, e del fuero"*<sup>54</sup>. Además, existía una profusa doctrina sobre la materia siendo uno de los aspectos centrales de la enseñanza jurídica de aquellos tiempos. Este aspecto no será exclusivo de las antiguas colonias americanas sino del Derecho occidental en general<sup>55</sup>.

Mientras en la propuesta codificadora inicial de Bello, se proponía mantener dicha relevancia, esto se contraponía a la tendencia dominante en la época cuyo propósito era su expulsión o subordinación a la ley. En el proyecto original del Código Civil de 1853, se incluirá un título preliminar en que era posible percibir cierta cercanía con las partidas, reconociendo valor e importancia a la costumbre. Esta propuesta no tendrá mayores consecuencias, ya que durante su proceso de revisión existirá una directa oposición a mantener este Derecho antiguo<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> El derecho a la identidad cultural ha sido incorporado en diversos instrumentos jurídicos, como derecho humano se remonta a la Carta de Banjul (1981) que estableció este derecho en su artículo 22.1, posteriormente la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1986) la cual define conceptualmente el derecho cultural como derecho a la identidad.; la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural de fecha 2 de noviembre de 2001, señala en su Artículo 1. *"La diversidad cultural, patrimonio común de la humanidad. La cultura adquiere formas diversas a través del tiempo y del espacio. Esta diversidad se manifiesta en la originalidad y la pluralidad de las identidades que caracterizan a los grupos y las sociedades que componen la humanidad. Fuente de intercambios, de innovación y de creatividad, la diversidad cultural es tan necesaria para el género humano como la diversidad biológica para los organismos vivos. En este sentido, constituye el patrimonio común de la humanidad y debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras"*. Complementa, el enfoque de los Instrumentos de Derechos Humanos el artículo N°2 de la Declaración de Naciones Unidas De los Pueblos Indígenas. No obstante, será el convenio 169 sobre pueblos indígenas de la OIT, que en su artículo N° 8 regula la institución en detalle.

<sup>54</sup> Indica Bravo Lira en su estudio sobre las Siete Partidas, que la costumbre será una fuente principal desde el Derecho Indiano de los siglos XVI, XVII, XVIII y parte del XIX, concluyendo esta característica con la codificación de 1857. BRAVO LIRA, B., *"Vigencia de las Partidas en Chile"*, en Revista de Estudios Histórico - Jurídicos, N° 10 (1985), p. 63.

<sup>55</sup> Dice Pérez Martín que entre los hechos que dan cuenta de la influencia histórica de las Siete Partidas, es posible señalar: a) que su influencia se extendió no solo a Castilla y a las Indias, sino también a Portugal y al resto de Europa, siendo traducida a varios idiomas; b) se constituyó como la obra básica en la formación de los juristas de la baja edad media y la edad moderna; c) se crearán un conjunto de obras a partir de ella como glosas, comentarios, epítomes etc. PÉREZ MARTÍN, A., *"La Obra Legislativa Alfonsina y el puesto que en ella ocupan las Siete Partidas"*, en Glossae Revista de Historia del Derecho Europeo N° 3, 1992, pp. 48-50.

<sup>56</sup> En el proyecto de Código Civil de 1853, el tenor del artículo era el siguiente: *"La costumbre tiene fuerza de ley cuando se prueba de cualquiera de los dos modos siguientes:*

En este sentido, se suprimirán todos los artículos vinculados a dar valor a la costumbre, optándose por la idea de mantener la línea de los Códigos modernos en aquel entonces. El resultado de ello, será el inicio del tenor del actual artículo 2 de nuestro Código Civil que fija el valor remitido de la costumbre a la ley<sup>57</sup>. En este contexto señalaba Claro Solar: *"En un país como el nuestro en que la ley es obra de poderes determinados por la Constitución que ejercen la soberanía que les ha sido delegada por la Nación, no puede ser al mismo tiempo la obra de la comunidad de los ciudadanos"*<sup>58</sup>.

Dentro del Derecho nacional moderno podemos destacar que el escenario ha cambiado sustancialmente en los últimos años. En la actualidad referencias a la aplicación de la costumbre como fuente de Derecho, han sido incorporadas al sistema jurídico mediante la aprobación de los principales instrumentos internacionales vinculadas al respeto y aplicación del Derecho propio indígena y de otras minorías. Esta inserción cobra relevancia por el valor jerárquico que dentro del sistema normativo se les reconoce a las normas internacionales de derechos humanos, cumpliendo una función integradora, interpretativa y supletoria de los derechos fundamentales<sup>59</sup>.

Un ejemplo, lo encontramos en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), este resalta la importancia que tiene el reconocimiento y respeto de las costumbres indígenas, destacando que su invisibilidad e inaplicabilidad se encuentra asociada a la vulneración directa de sus derechos humanos. Esto lo realiza en su preámbulo cuyo valor de tiene relevancia para la interpretación de todo el instrumento. En este sentido señala: *"observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores y costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión..."*.

De manera directa el convenio, se hace cargo de esta situación en su artículo 8 indicando: *"1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los*

---

*1° Por tres decisiones judiciales conformes pasadas en autoridad de cosa juzgada dentro de los últimos diez años; 2° Por declaraciones conformes de cinco personas inteligentes en la materia de que se trata nombradas por el juez de oficio ó á petición de parte. Sólo á falta del primero de estos dos medios podrá recurrirse al segundo y ni el uno ni el otro, ni los dos juntos, valdrán, si durante dicho tiempo se hubiere pronunciado decisión judicial contraria, pasada en autoridad de cosa juzgada".*

<sup>57</sup> Complementa indicando que sus fuentes de inspiración son el artículo 10 del Código Austriaco y el artículo 3 del Código Holandés, ambos tenidos a la vista por Bello. BARRIENTOS, J., *El Código Civil*, cit. n. 47, pp. 46-47.

<sup>58</sup> CLARO SOLAR, L., *Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo I, Establecimiento Poligráfico Roma, Santiago, 1898, p. 42.

<sup>59</sup> Un estudio en profundidad sobre esta materia véase en: NASH, C. et alii, *"Los usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en Chile"*, en Revista Estudios Constitucionales, Año 15, No 1, 2017, pp. 15 – 54.

*derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes*"<sup>60</sup>.

Asimismo, se ha declarado que el reconocimiento del pluralismo jurídico asociado a revaloración de la costumbre como fuente primaria, se conforma como instrumento de defensa eficaz contra la asimilación. Al respecto se refiere el anexo de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas: *"Afirmando que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales..."*. Luego, continúa: *"Afirmando además que todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o individuos que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas"*. Esto quedará plasmado en su artículo N° 5 que indica: *"Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado"*.

Por su parte la Comisión de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ha ratificado que dentro del Pacto de Derechos Económicos, sociales y culturales de 1966 se entiende incorporada en su artículo 15 la protección de la identidad cultural<sup>61</sup>. Complementando que ha señalado que una manera de reducir la discriminación es mediante el reconocimiento por parte de los Estados de las diversas identidades culturales de los individuos y comunidades que habitan su territorio<sup>62</sup>. Por su parte, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula que: *"En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma"*.

Respecto a la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), si bien, no ha tratado de manera directa el valor del Derecho Consuetudinario indígena, ha interpretado favorablemente consagrando la posibilidad de acudir a otros instrumentos jurídicos distintos a la Convención Americana de Derechos Humanos que sí contienen este deber. En esta perspectiva ha señalado: *"En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta*

---

<sup>60</sup> En la misma línea, la OIT en su guía de aplicación del convenio indica: *"La implementación eficaz de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos internacionalmente... exige el reconocimiento y la aceptación de las costumbres, el derecho consuetudinario y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, en especial a lo que respecta a los derechos colectivos, de fundamental importancia para los pueblos indígenas"*.

<sup>61</sup> Este derecho a la identidad cultural aparece también consagrado en una serie de declaraciones e instrumentos jurídicos solo por mencionar algunos: la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992, su artículo 1.1, establece que *"Los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad"*. Sobre la materia véase: MARTÍN RODRÍGUEZ, G., *Cuestiones Generales sobre el Derecho de Minorías: Una Visión Global*, en Cadernos de Direito Actual N° 3 (2015), pp. 517-534.

<sup>62</sup> CDESC: "Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)". General Comment, mimeo. 21, 21 de diciembre de 2009, párrafo 23, p. 6.

reconoce”<sup>63</sup>. Por lo precedente, la CIDH ha utilizado el propio Convenio 169 para resolver los asuntos sometidos a su competencia, así por ejemplo en los casos Yatama y Moiwana<sup>64</sup>.

Otra forma en la cual la CIDH ha reconocido el valor de las prácticas consuetudinarias, es mediante la valoración del derecho de propiedad de carácter comunitario regulado conforme a sus costumbres. Por ejemplo, Previamente, en el caso Awas Tingni la corte ya había recurrido al Derecho consuetudinario para acreditar el dominio de la tierra, reconociendo que *“producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”*<sup>65</sup>. Este reconocimiento del derecho consuetudinario indígena modifica el sistema jurídico de propiedad propio del Derecho occidental, permitiendo la coexistencia de dos sistemas con distintos alcances, imponiendo además a los Estados la obligación de adecuar su Derecho interno.

Esta línea jurisprudencial se ha mantenido en el tiempo, así en el caso de la Comunidad Moiwana, la Corte indico: *“en el caso de comunidades indígenas que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias -pero que carecen de un título formal de propiedad- la posesión de la tierra debería bastar para que obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”*<sup>66</sup>. El mismo principio se reiteró en el caso del Pueblo Saramaka en el año 2007, señalando: *“... a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado, el cual incluye las tierras y los recursos naturales necesarios para su subsistencia social, cultural y económica, así como administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal”*<sup>67</sup>.

En otra materia la costumbre indígena se ha aplicado para reconocer las formas familiares con que se estructura la vida en las comunidades. Así en el caso Aloeboetoe, la Corte reconoció el Derecho consuetudinario familiar de los *maroons* a la cual pertenecen los saramakas tribu de las víctimas, para efectos de definir quiénes serían los titulares que tuvieran derechos a indemnización de perjuicios. Frente a ello, se consideró el carácter matrilineal y el régimen de poligamia presente en su estructura social, junto al sistema de cuidado de los miembros de la familia que se encuentra a cargo de un grupo comunal que sigue la línea materna.

En este caso, pese a la oposición del Estado de Surinam que en su defensa solicitó que no se reconociera carácter vinculante al Derecho consuetudinario; y que solo se utilizará el concepto de familia occidental fijado en su Código Civil. La Corte se pronunció respecto si el Derecho de familia de Surinam resultaba aplicable a este pueblo, señalando: *“En este sentido, las pruebas producidas permiten deducir que las leyes de Suriname sobre esa materia no tienen eficacia respecto de aquella tribu; sus integrantes las desconocen y se rigen por sus propias reglas y el Estado, por su parte, no mantiene la estructura necesaria para el registro de matrimonios, nacimientos y defunciones, requisito indispensable para la aplicación de la ley surinamesa. Además, los conflictos que ocurren en estas materias no son sometidos por los saramakas a los tribunales del Estado y la intervención de éstos en las materias mencionadas, respecto de los saramakas, es prácticamente*

<sup>63</sup> Opinión Consultiva, CIDH, OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

<sup>64</sup> CIDH: caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C, N°. 124.

<sup>65</sup> Caso Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001.

<sup>66</sup> Este principio fue reconocido por la CIDH: En el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo). Posteriormente en el caso: CIDH: caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005.

<sup>67</sup> Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. CIDH., Excepciones Preliminares, Fondo, y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, N°. 172, p.97, p. 30



*inexistente. Cabe señalar también que en este proceso Suriname reconoció la existencia de un derecho consuetudinario saramaca*"<sup>68</sup>.

Finalmente, la Corte optará por no aplicar íntegramente el Derecho común, indicando de manera expresa: *"Estos términos deben ser interpretados según el derecho local. Este, como ya se ha indicado, no es el derecho surinamés porque no es eficaz en la región en cuanto a derecho de familia. Corresponde pues tener en cuenta la costumbre saramaca. Esta será aplicada para interpretar aquellos términos en la medida en que no sea contraria a la Convención Americana. Así, al referirse a los "ascendientes", la Corte no hará ninguna distinción de sexos, aun cuando ello sea contrario a la costumbre saramaca"*.

Podemos destacar que este requerimiento de aplicación del Derecho Consuetudinario indígena no es un fenómeno aislado, sino que se integra dentro de un proceso de reivindicación mayor que plantean los pueblos originarios, su fin es alcanzar formas de autodeterminación y autogobierno crecientes en esto la aplicación de un Derecho propio cumple una papel orgánico<sup>69</sup>. Como señala Anaya este derecho tiene un carácter estructural que entra en contradicción con cualquier actuar de naturaleza colonizadora o imperialista, en virtud de este principio *"las contingencias y legados del encuentro e interacción humanos deben conformarse a la idea esencial de que todos y todas tienen el mismo derecho a controlar su destino"*<sup>70</sup>.

Este bloque de instrumentos de protección específica de los derechos de los pueblos indígenas, ha contribuido a fortalecer las reivindicaciones de los distintos pueblos colonizados. Este proceso ha llevado a una serie de cuestionamientos respecto de herencias centrales en el orden jurídico en las repúblicas americanas. Primeramente, se han quebrado ciertos espejismos, como la noción de que el Estado representa una nación homogénea, con una sola identidad cultural, reemplazándose por el reconocimiento de la diversidad cultural. Un segundo aspecto, se asocia al reconocimiento de un pluralismo jurídico amplio, cuestionándose el monopolio de la producción jurídica por el Estado, moviéndose con ello las bases del derecho en general<sup>71</sup>.

Desde la perspectiva de la legislación nacional la Ley de Desarrollo y Fomento indígena, Ley N° 19.253 del año 1993, sigue la misma línea de los tratados internacionales. Esta cuestión responde a una realidad común entre un número amplio de ordenamientos jurídicos en Latinoamérica<sup>72</sup>. En el caso de Chile

---

<sup>68</sup> Aloeboetoe y otros Vs. Surinam, CIDH, Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (*Reparaciones y Costas*).

<sup>69</sup> A lo precedente se refiere el artículo N° 4 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas (DDPI) *"Los Pueblos Indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones"*. De la misma manera el artículo 1 N°1 del Pacto de derechos civiles y políticos, *"Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural"*. En el caso de este último instrumento existen diversos contrapuntos respecto de la extensión de su aplicación a las minorías dentro de los Estados, en especial por la interpretación del concepto pueblo. Véase en este sentido: STAVENHAGEN, R., *Derecho Internacional y derechos indígenas*, en *Derechos Humanos y Pueblos indígenas, Tendencias Internacionales y Contexto Chileno*, editor Aylwin, J., Santiago, Instituto de Estudios Indígenas, 2004, pp. 20-26.

<sup>70</sup> ANAYA J., *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*, Editorial Trotta, Madrid 2005, p. 374.

<sup>71</sup> Según resalta, con ello ha comenzado a reconocerse a los pueblos y comunidades indígenas no solo la garantía a tener su propio Derecho, sino también sus propias formas de justicia. YRIGOYEN R., *"Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos"*, en *Revista El Otro Derecho*, número 30. junio de 2004. ILSA, Bogotá, Colombia, p. 173.

<sup>72</sup> En Latinoamérica continental todos países salvo Chile y Uruguay, han reconocido constitucionalmente una composición pluralista, a partir de ello se establece un estatuto de mayores o menores derechos. De manera particular, algunos incorporado a nivel



la ley indígena en su art. 54 señala: *"La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad"*.

Durante el último tiempo, la tarea más relevante la vienen realizando los Tribunales de Justicia nacionales, quienes mediante una interpretación extensa de la norma han reconocido paulatinamente un espacio diferenciado de Derecho, favoreciendo la aplicación primaria de la costumbre en el contexto indígena, incluso contra norma expresa y aún en conflicto con normas vinculadas a derechos fundamentales<sup>73</sup>. Este factor resulta relevante, para una posición doctrinaria para la cual la norma consuetudinaria sólo adquiere naturaleza jurídica desde el instante en que el juez la acoge y aplica, siendo necesario que un agente del sistema jurídico oficial transforme en visible lo invisible<sup>74</sup>. En palabras de Guzmán Brito, son costumbres jurídicas aquellas que un juez decida aplicar, *"cuando considere que la regularidad de que se trate atañe o no al campo propio de lo jurídico"*<sup>75</sup>.

Nuestra Corte Suprema ha ratificado el valor diferenciado que tiene la costumbre entre indígenas, en este sentido ha señalado: *"A partir de la ratificación del citado Convenio, incorporado a nuestro ordenamiento de acuerdo a lo prevenido en el artículo 5° de la Constitución Política de la República lo anterior se plasma como derecho a la dignidad de las personas el derecho a la identificación y reconocimiento étnico. A consecuencia de ello, si bien el artículo 1° de la Constitución impone la igualdad formal de las personas, su dignidad determina el reconocimiento de sus diferencias, lo que permite a todas las personas mantener una historia vital ligada a valores propios de su cultura originaria, en el caso de autos, a la mapuche"*<sup>76</sup>.

Recientemente nuestro tribunal superior, ha debido pronunciarse en materia de aplicación de medidas de protección respecto a niños indígenas pertenecientes a la etnia aymara que habita en el norte de Chile. De esta manera analizó la conveniencia de aplicar una medida de separación de la madre, bajo el argumento de aplicarse el interés superior de los menores frente a una presunta vulneración de derechos por negligencia y descuido de la madre. Al mismo tiempo, debió manifestarse sobre uno de los espacios jurídicos de mayor conflicto en el Derecho latinoamericano en la actualidad, esto es la antinomia que se produce de manera transversal, entre un Derecho de familia nacional de raíz occidental y la existencia de un Derecho consuetudinario indígena. Paralelamente, este caso presenta la particularidad que el contrapunto se produce entre normas de igual jerarquía, ambas incorporadas dentro de la estructura internacional de Derechos Humanos, cuestión que se genera al confrontar la Convención de Derechos del Niño y el convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

---

constitucional el derecho a regularse por su propio Derecho consuetudinario, así por ejemplo: La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, está en su artículo N°2 reconoce tanto el carácter pluricultural de la nación como su obligación de respetar el Derecho Consuetudinario Indígena; también en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 en su capítulo VIII sobre derechos humanos de los pueblos indígenas; en Ecuador la nueva Constitución del año 2008 en su artículo N°1 se reconoce como plurinacional, entre otros.

<sup>73</sup> Un trabajo interesante en esta materia puede verse en: CASTRO M. et alii., *Jurisprudencia Indígena, Cosmovisión y Legislación*, Santiago, 2009, p. 9-239.

<sup>74</sup> Desde esta posición se postula que para analizar la cuestión de las fuentes del derecho que se debe tener como base el dogma constitucional, respecto a la función del juez que consiste en resolver conflictos aplicando el Derecho existente, a partir de ello es posible reconocer desde un mismo criterio que elementos se conforman como fuente del Derecho. ROSS, A., *Teoría...*, cit. n. 3, p. 358.

<sup>75</sup> GUZMÁN BRITO, A., *"El Fundamento de Validez de la Costumbre como Fuente de Derecho"*, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 22 N° 3, 1995, p. 628.

<sup>76</sup> Corte Suprema Segunda Sala (Penal), rol 28842-2015, Ministerio Público con Claudio Huentecol Huentecol y otra.

Al respecto la Corte Suprema indico dentro de sus considerandos: *“En este contexto, y siendo la madre de los niños miembro de la etnia aimara, debe tenerse presente la Ley sobre Protección Fomento y Desarrollo de los Indígenas y la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 30 señala que los niños pertenecientes a una minoría étnica tienen derecho a tener su propia vida cultural y emplear su propio idioma. Esto redundo en que los tribunales de justicia, en todas las medidas concernientes a los niños, deben tener como consideración primordial el interés superior del niño, lo que ciertamente impone a los jueces el deber de atender a las costumbres y forma de vida del grupo social a que pertenecen”*.

En los autos señaló como hechos que la madre de los menores señala ser analfabeta, oriunda de Laguna del Huayco, localidad situada al interior de la Comuna de Pica donde no existe acceso a red social alguna, lo que le impidió obtener documentos de identidad para ella y sus hijos, por lo que no accedieron a tiempo a los sistemas de salud y educación, estas circunstancias constituirán la base del alegato para fundar el actuar negligente de la progenitora. El tribunal de primera instancia, en su sentencia dispuso el ingreso definitivo de las niñas a un Hogar de resguardo. En segunda instancia la Corte de Apelaciones confirmo la sentencia<sup>77</sup>.

Teniendo presente estos antecedentes, el tribunal superior, revocará la sentencia de primera y segunda instancia, interpretando el carácter diferenciado de la norma para la situación descrita, acudiendo a la normativa internacional plasmando el respeto por las circunstancias propias de los pueblos indígenas. En este sentido señalaba: *“En la especie, se trata de una familia aimara que vivió hasta hace poco tiempo en un poblado de la precordillera, de manera que su relación con el Estado claramente no podría ser de la entidad que pueda esperarse de las personas que no integran comunidades tan minoritarias, razón por la cual el juicio relativo a la afectación a los derechos de los niños también debe hacerse desde esta perspectiva. Así, no es posible descalificar a la madre por no haber integrado a los niños a las redes sociales”*<sup>78</sup>.

En otra materia, vinculada a la prueba del Estado Civil de la población indígena, siguiendo el tenor de la ley 19. 253 como del Convenio de la OIT, la Corte de Apelaciones de Temuco, clarificando conceptos ha reconocido la pertinencia de la diferenciación jurídica frente a conflictos que involucren a la población indígena, reconociendo el valor que la costumbre reviste para la resolución de estos asuntos, así ha indicado: *“ Desde los primeros albores de nuestro vida republicana se ha reconocido que no es aplicable el derecho común a los pueblos originarios existentes en nuestra patria en relación a la forma de constitución y de acreditación del estado civil, como consecuencia de aceptarse que la familia en dichos pueblos se estructura sobre la base de moldes, valores, y creencias diversas a las del modelo occidental predominante... El efecto propio de la sentencia que reconoce a un indígena de nuestra patria, es validar el estado civil adquirido conforme a su derecho consuetudinario, y por lo mismo equiparar su situación con la de la filiación legítima, propia del derecho común, eliminando con ello toda forma de discriminación, que pueda originarse en la forma diversa de constitución de las respectivas familias”*<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> Causa Álvarez – Ticuna Tribunal de Familia de Iquique, RIT P-997-2008, del 6 de marzo del 2009, confirmada sin modificación por la Corte de Apelaciones de Iquique, en causa Rol 34-2009, del 6 de mayo del 2009.

<sup>78</sup> Causa Álvarez – Ticuna, Corte Suprema - Rol: 3784-2009, de fecha 10 de septiembre del 2009.

<sup>79</sup> En esta causa el tribunal reconoció otro espacio de diferenciación jurídica, señalando que no es necesario que quienes tienen la calidad de indígenas deban de recurrir a las normas del Código Civil, para constituir dicho estado a través de las correspondientes acciones filiativas en un juicio de carácter contencioso. Ratificando que deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su Derecho consuetudinario en su aplicación preferente por sobre las normas del Derecho común, validando con ello el estado civil adquirido conforme a su Derecho consuetudinario, y por lo mismo equiparar su situación con la de la

Mediante esta interpretación, se ratifica que conforme a la normativa vigente en Chile deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su Derecho consuetudinario, cuestión que permite avalar el alcance amplio que se debe dar a las normas del art. 4 de la ley 19.253, en su aplicación preferente por sobre las normas del derecho común. De esta manera el valor de la costumbre, se levanta nuevamente como una herramienta necesaria en el Derecho, permitiendo el respeto por valores que desde lo jurídico se configuran en la actualidad como esenciales.

En esta línea pero en un asunto de distinta naturaleza, se ha generado en materia de violencia intrafamiliar, existiendo a la fecha una amplia jurisprudencia en que nuestros tribunales han favorecido la aplicación de acuerdos reparatorios tratándose de población indígena, esto pese a que la Ley N° 20.066 que regula la materia prohíbe expresamente esta circunstancia<sup>80</sup>. Actualmente, existe una clara tendencia a favorecer la aplicación de la costumbre indígena, permitiendo que los conflictos dentro de las comunidades se han resueltos conforme a sus propias tradiciones<sup>81</sup>.

Sin embargo, la misma Corte se ha pronunciado en un sentido adverso, inclinándose por no reconocer lo señalado en los tratados internacionales, favoreciendo la normativa interna. Así se ha declarado que: *"Que no obstante dicha circunstancia el tribunal a quo rechazó la excepción de cosa juzgada argumentando, por una parte, que la facultad de conocer y juzgar las causas civiles y criminales, resolverlas y ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley; y por otro, que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales sino por el tribunal establecido por la ley y que se halle establecido por anterioridad por esta"*.

Consideramos que esta interpretación transgrede lo señalado en el artículo 9° numeral 1 del Convenio de la OIT suscrito por Chile, que señala *"que en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros"*. Esta interpretación impide dar valor al convenio, obstaculizando cualquier forma de pluralismo judicial, ya que esto siempre resultará incompatible con el sistema jurídico nacional que a nivel constitucional solo reconoce a los tribunales que integran el poder judicial. Así, una sentencia dictada por la comunidad a la que pertenece el imputado o una sanción penal impuesta por ellos, no puede tener valor para resolver jamás un conflicto en que el poder judicial sea competente.

Desde esta perspectiva, resaltamos que el valor de una interpretación armónica con el valor que los Derechos Humanos se conforma como la principal vía para velar por la armonía y coherencia del sistema jurídico, al respecto nuestra Corte Suprema en el considerando cuarto de la causa rol N° 10.635-2011 del 04 de enero de 2012, señalaba: *"Que, claramente, la primera cuestión es de*

---

filiación legítima, propia del Derecho común, eliminando con ello toda forma de discriminación, que pueda originarse en la forma diversa de constitución de las respectivas familias. Para ello, se reconoce un rol diverso a la institución de la posesión notoria, *"dado que mientras en este último es solo un medio de prueba, en el ámbito indígena el constituye un título, que reconoce la existencia del estado civil ya adquirido conforme a la costumbre de los pueblos originarios"*. Corte de Apelaciones de Temuco, causa Civil-332-2013, de fecha quince de julio de dos mil trece

<sup>80</sup> En esta línea ver los siguientes fallos: Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 02 de agosto de 2012, rol de ingreso N° 581-2012; Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 21 de agosto de 2012, rol de ingreso N° 635-2012; Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 17 de julio de 2012, rol de ingreso N° 499-2012. 5.- Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 4 de enero de 2012, rol de ingreso N° 1192-2011 entre otros.

<sup>81</sup> Un estudio en profundidad sobre esta materia y sus alcances en: CALDERÓN, C., *"Hacia una comprensión "trágica" de los conflictos multiculturales"*, en Revista Chilena de Derecho, vol. 42 No 3, 2015, pp. 975 – 1001.

*interpretación jurídica, puesto que ha de razonarse en torno a si el Convenio, en cuanto tratado internacional incorporado al ordenamiento jurídico interno, lo hace como ley común o con rango constitucional, de modo que sólo en este último caso pudiera tener preeminencia sobre la ley 20.066. Pudiera también generarse discusión en torno a la especialidad de los cuerpos normativos, puesto que uno atiende al hecho y el otro, a los sujetos. Pero, sea cual sea la discusión, el tema es de interpretación legal."*

Resulta relevante para este efecto el mecanismo denominado control de convencionalidad, este ha sido definido por Aguilar Carvallo como *"el acto de control que efectúa el juez nacional en cuanto a la conformidad de la norma interna respecto de la norma internacional y, más específicamente, en cuanto a la conformidad de la ley a los tratados internacionales respecto de los cuales el Estado ha consentido en obligarse"*<sup>82</sup>. El propósito principal de este control será armonizar de manera integral todo el sistema jurídico, evitando desarticulaciones que provoquen la posibilidad de demandas en contra del Estado frente a incumplimiento por compromisos contraídos a nivel internacional, velando al mismo tiempo por la eficaz protección de los derechos humanos. Se ha destacado que este resulta un mecanismo eficaz para expulsar aquellas normas contrarias a los Derechos Humanos<sup>83</sup>. En conclusión, los organismos internos tienen la obligación de interpretar las normas internas de formas que sean compatibles con los compromisos contraídos a nivel internacional permitiendo la eficacia de las normas que consagran Derechos Humanos.

La Corte Interamericana ha señalado respecto a este tipo de conflictos *"Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos sus jueces, quienes deben velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana"*<sup>84</sup>.

Otro de los principios instalados en la jurisprudencia de la CIDH, que opera a favor del reconocimiento del Derecho consuetudinario indígena, es el denominado

---

<sup>82</sup> Señala el autor que este control puede tener su origen tanto en la Constitución cuando esta ha previsto expresamente la superioridad jerárquica de los tratados internacionales por sobre las normas infra- constitucionales, o bien, mediante la jurisprudencia nacional cuando se ha consagrado un órgano jurisdiccional que vele por la conformidad de las leyes a los tratados internacionales. También tiene su fuente en el propio Derecho Internacional por tres vías: a) mediante el impedimento de invocar el derecho interno para no cumplir con las obligaciones derivadas del ámbito internacional, b) en la obligación de adecuar su orden jurídico interno al derecho internacional y; c) en la obligación del Estado de garantizar el goce de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales. AGUILAR CAVALLO, G., *"El Control de Convencionalidad: Análisis en Derecho Comparado"*, en Revista Direito GV, São Paulo 9(2), Jul-Dez 2013, pp. 721-727.

<sup>83</sup> NASH ROJAS, C., *"Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XIX, Bogotá, 2013, p. 482.

<sup>84</sup> Corte IDH: Caso Fontevecchia y D' Amico vs. *Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C no 238, par. 93; Cfr. Corte IDH. Un argumento de naturaleza similar se utilizó en el Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No 239, paras. 281-282.

*principio pro persona*. Este promueve la noción de acudir a la interpretación más extensiva cuando se trate de reconocer las dimensiones de los derechos protegidos en los instrumentos internacionales. Reconoce que los tratados sobre derechos humanos son instrumentos que deben adaptarse a los cambios sociales y a la movilidad humana, este ejercicio solo será posible realizarlo con una interpretación evolutiva, siendo el criterio que tutela la actividad de los tribunales internacionales de derechos humanos. Se considera tal como indica la Corte IDH, el objeto y fin de dichos instrumentos es la eficaz protección de la persona humana, objetivo que no podría alcanzarse de no contemplar una interpretación evolutiva<sup>85</sup>.

En resumen, si bien, los tribunales están desarrollando una tarea relevante en la materia, pareciera no ser suficiente para contribuir a otorgar la debida seguridad jurídica. En este sentido De Souza, se pregunta *¿si el Derecho puede ser emancipatorio?*, destacando que en la actualidad el Derecho atraviesa un estado que denomina de transición. Este proceso se distingue porque las cuestiones complejas que plantea, no logran encontrar un entorno social o cultural propicio para obtener su respuesta<sup>86</sup>. Por lo anterior, es posible postular que en el estado actual del Derecho legislado, es posible encontrar esta respuesta nuevamente en la costumbre, su fundamento se justifica en la legítima dependencia a la expresión natural de lo jurídico, debiendo atenderla, vinculándolo y prestando garantías para una debida retroalimentación. De tal forma, de evitar que sus caminos se bifurquen, impidiendo la disociación de ambos Derechos, con ello se evita la fijación de aquello que la doctrina ha denominado un Derecho de subordinación<sup>87</sup>. Mientras que un correcto diálogo entre ambas vertientes acerca el constructo jurídico a la tendencia democrática propia de nuestros tiempos.

## 5.- Conclusiones.

1.- La cuestión respecto a la existencia de un Derecho propio indígena pareciera que no tienen discusión, considerando incluso los primeros albores de la colonización. El reforzamiento de la relevancia que tiene la costumbre indígena como herramienta jurídica se encuentra asociado al derecho a la identidad cultural, siendo las normas jurídicas un factor esencial de la expresión social.

2.- La normativa vigente compuesta por normas de origen internacional como nacional, conforman actualmente un bloque efectivo que promueve la aplicación del Derecho Consuetudinario Indígena para proteger el derecho a la autodeterminación de nuestros pueblos. A partir de su existencia es posible observar un cambio progresivo en la práctica judicial de nuestros tribunales. No obstante, este camino se encuentra con puertas abiertas, planteando un desafío genérico a todos quienes intervienen en la construcción de la realidad normativa.

3.- En nuestro sistema jurídico se observa aún un uso escaso de esta validación, sin embargo, la jurisprudencia incipiente, permite observar una actitud aperturista. El reto se plantea como una oportunidad para el Derecho, mediante el reconocimiento real de la existencia de un pluralismo jurídico, única vía para una realidad emancipadora a partir del Derecho. Esto a la espera que una adecuada técnica legislativa establezca cánones modernos y respetuosos a nuestra conformación históricamente diversa.

---

<sup>85</sup> AGUILAR, G. Y NOGUERA, H., *"El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa"*, en Revista de Derecho Público, Vol. 84, 1º Semestre 2016, pp. 13-43.

<sup>86</sup> DE SOUZA SANTOS, B., *"Derecho y Emancipación"*, en Pensamiento Jurídico Contemporáneo N°2, Corte Constitucional para el Periodo de Transición, Quito, 2012, p. 63.

<sup>87</sup> Señala Gurvitch que la relación entre un Derecho espontáneo y el Derecho organizado, tiende a dialogar en permanente tensión. La causa se justifica en que un Derecho espontáneo nunca logra una plena representación en el Derecho legislado. Al mismo tiempo, el carácter móvil y dinámico de lo espontáneo contribuye al distanciamiento generando permanentes conflictos. GURVITCH, G., *Elementos de la Sociología Jurídica*, (Trad. José Cajica), Editorial José Cajica, Puebla, México, 1970, pp. 221-255.

**6.- Bibliografía.**

- AGUILAR CAVALLLO, G., *"El Control de Convencionalidad: Análisis en Derecho Comparado"*, en Revista Direito GV, São Paulo 9(2), Jul-Dez 2013.
- AGUILAR, G. y NOGUERA, H., *"El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa"*, en Revista de Derecho Público, Vol. 84, 1º Semestre 2016, pp. 13-43.
- ALESSANDRI, A. Et alii, *Curso de Derecho Civil*, Tomo I, Vol. I, Editorial Nascimento, Santiago, 1961.
- ANAYA, J., *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*, Editorial Trotta, Madrid 2005.
- AYLWIN, J., *"Derecho Consuetudinario Indígena en el Derecho Internacional Comparado y en la Legislación Chilena"*, en Actas del Segundo Congreso Chileno de Antropología. Tomo I.
- BARRIENTOS, J., *El Código Civil, su Jurisprudencia e historia*, Tomo I, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2016.
- BAUTISTA, R., *"La Descolonización de la Política: Introducción a una Política Comunitaria"*, Plural Editores, La Paz, 2014.
- BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis, 1994.
- BODENHEIMER, E., *Teoría del Derecho*, Trad. Vicente Herrero, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1989.
- BONFIL G., *El Concepto de Indio en América: Una Categoría de la Situación Colonial*, en Anales de la Antropología, Revista del Instituto de Investigaciones Antropológicas de la UNAM, México, Vol. 9, 1972.
- BRAVO, B., *"El Derecho Indiano y sus Raíces Europeas: Derecho Común y Propio de Castilla"* en Anuario de Historia del Derecho Español, Tomo LVIII, Madrid, 1988.
- BRAVO, B., *"Vigencia de las Partidas en Chile"*, en Revista de Estudios Histórico - Jurídicos, N° 10 (1985).
- CABRILLAC, R., *Las Codificaciones*, traducido en el proyecto de traducciones de obras francesas contemporáneas del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Editorial Flandes Indiano, Santiago, 2009.
- CALDERÓN C., *"Hacia una comprensión "trágica" de los conflictos multiculturales"*, en Revista Chilena de Derecho, vol. 42 No 3, 2015.
- CARBONNIER, J., *Ensayos sobre las Leyes*, traducido por Díez Picazo, L., Editorial Civitas, Madrid, 1998.
- CARBONNIER, J., *Sociología jurídica*, Traducido por L. Díez Picazo, Madrid, 1982, Editorial Tecnos.
- CARBONNIER, J., *Tendances actuelles de l'art législatif en France*, en Essais sur les lois, 2e éd., Répertoire du notariat Defrénois, Paris, 1995.
- CASTRO, M. et alii., *Jurisprudencia Indígena*, Cosmovisión y Legislación, Santiago, 2009.
- CASTRO, M. et alii, *Los Puentes entre la Antropología y el Derecho, Orientaciones desde la Antropología Jurídica*, Editado por el Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2014.
- CEBALLOS-BEDOYA, N., *"Usos indígenas del Derecho en el Nuevo Reino de Granada. Resistencia y pluralismo jurídico en el derecho colonial. 1750-1810"*, Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2011, 13.
- CLARO SOLAR, L., *Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo I, Establecimiento Poligráfico Roma, Santiago, 1898
- CLAVERO B., *Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América*, Editorial Siglo XXI, Madrid, 2009.
- CUCHE, D., *La Noción de Cultura en las Ciencias Sociales*, trad. P. Mahler, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 2002.

- DE SOUSA B., *Sociología Jurídica Crítica, Para un nuevo sentido común en el Derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2009.
- DE SOUZA S., B., "*Derecho y Emancipación*", en *Pensamiento Jurídico Contemporáneo* N°2, Corte Constitucional para el Periodo de Transición, Quito, 2012
- EHRLICH, E., "*La sociología del diritto*", *Revista internazionale di filosofia del diritto*, 1992.
- ESPINOZA, A., "*La Invisibilidad Jurídica de la Familia Andina en el Norte de Chile*", *Revista de Derecho*, Vol. XXIX, N°1, año 2016.
- ROCA TRIAS. E., *La Poscodificación civil: la unidad de Códigos, una política muerta*, en *Anuario de Historia de Derecho español*, N° 82, 2012.
- GARCÍA- GALLO, A., *Antología de las Fuentes del Antiguo Derecho. Manual de Historia del Derecho Español II*, segunda edición, Madrid, 1964.
- GROSSI, P., *La Primera Lección de Derecho*, trad. De Clara Álvarez, Editorial Marcial Pons, 2006.
- GURVITCH, G., *Elementos de la Sociología Jurídica*, Trad. José Cajica, Editorial José Cajica, Puebla, México, 1970.
- GUZMÁN BRITO, A., Andrés Bello Codificador *Historia de la Fijación y Codificación del Derecho Civil en Chile*, Tomo I, ediciones de la Universidad de Chile, Santiago, 1982.
- GUZMÁN BRITO, A., "*El Fundamento de Validez de la Costumbre como Fuente de Derecho*", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 22 N° 3, 1995.
- KROTZ, E., *Sociedades, Conflictos, Cultura y Derecho desde una Perspectiva Antropológica*, en *Antropología Jurídica: Perspectivas Socioculturales en el Estudio del Derecho*, E. Krotz (coord.), Editorial Anthropos, 2002.
- LARRAURI TORROELLA, R., "*Enseñanza del concepto de Derecho desde la Filosofía del Derecho contemporánea*", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho* año 4, número 7, 2006
- LEVAGGI, A., "*Notas sobre las vigencias de los derechos indígenas y la doctrina indiana*" en *Revista Complutense de Historia de América*, 17, 79-91, Edit. Universidad Complutense, 1991.
- LEVY – BRUHL, H., *Sociología del Derecho*, traducida por Miriam De Winizky, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Paris 1961.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, G., *Cuestiones Generales sobre el Derecho de Minorías: Una Visión Global*, en *Cadernos de Dereito Actual* N° 3 (2015).
- NASH, C. et alii, "*Los usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en Chile*", en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 15, No 1, 2017.
- NÚÑEZ, M., *Invitación al Estudio del Derecho y los derechos de los pueblos indígenas en el Chile Republicano, en Normativa Nacional e Internacional sobre Pueblos Indígenas*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2010.
- PÉREZ MARTIN, A., "*La Obra Legislativa Alfonsina y el puesto que en ella ocupan las Siete Partidas*", en *Glossae Revista de Historia del Derecho Europeo* N° 3, 1992.
- POOLE, D., "*Los usos de la costumbre Hacia una antropología jurídica del Estado neoliberal*", en *Revista Alteridades*, vol. 16, núm. 31, enero-junio, 2006.
- ROSS, A., *Teoría de las fuentes del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- SÁNCHEZ BOTERO, E., "*Reflexiones en Torno de la Jurisdicción especial Indígena en Colombia*", en *El Derecho Indígena de Hoy en América Latina*, Revista del IIDH, Vol. 41, 2005.
- SÁNCHEZ- CASTAÑEDA, A., "*Los Orígenes del Pluralismo Jurídico*", en *Pluralismo Jurídico e Interculturalidad* coord. Oscar Alba, Editado por la Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente, Bolivia.
- SUMNER MAINNE, H., *El Derecho Antiguo*, Editado por Escuela Tipográfica del Hospicio, Madrid, 1893.

- SAVIGNY K., De la vocación de nuestro siglo para la Legislación y para la Ciencia del Derecho, Trad. Por A. Posadas, La España Moderna, Madrid.
- STAVENHAGEN, R., *Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*, en Antología Grandes Temas de la Antropología.
- STAVENHAGEN, R. *Derecho Internacional y derechos indígenas, en Derechos Humanos y Pueblos indígenas*, Tendencias Internacionales y Contexto Chileno, editor Aylwin, J., Santiago, Instituto de Estudios Indígenas, 2004,
- TAU, V., *El poder de la costumbre: Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación*, 2000, p. 40, Recurso Electrónico, Disponible en:  
<http://www.larramendi.es/i18n/consulta/registro.cmd?id=1115>
- WEBER M., Economía y Sociedad, Editorial Fondo de Cultura Económica, traducido por J. Medina Echavarría et alii., Madrid, 2002.
- WOLKMER, A., Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina, 2003, pp. 7-8. Disponible en:  
<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/otros/20111021100627/wolk.pdf>
- YRIGOYEN R., "*Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*", en Revista El Otro Derecho, número 30. Junio de 2004. ILSA, Bogotá, Colombia.
- YRIGOYEN, R., *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Fundación Myrna Mack, Guatemala, 2003.

## 2.- NORMAS CITADAS

Carta de Banjul (1981)	Constitución de Ecuador (2008)
Código Civil chileno	Convenio N° 169 de la OIT
Código Civil Austriaco	Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1986)
Código Civil Holandés	Declaración de Naciones Unidas De los Pueblos Indígenas (2007).
Constitución de Bolivia (2009)	Ley de Violencia Intrafamiliar en Chile
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917)	Proyecto de Código Civil (1853).
Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999)	Recopilación de Indias

## 3.- JURISPRUDENCIA

- Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam, CIDH, Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (*Reparaciones y Costas*)
- Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, CIDH., Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de junio de 2005.
- Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, CIDH., Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001.
- Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. CIDH., Excepciones Preliminares, Fondo, y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007.
- Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, CIDH., Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005.
- Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. CIDH, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006.



Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250.

*Caso Fontevecchia y D' Amico vs. Argentina.* CIDH., Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011.

Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. CIDH., fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012.

Corte Suprema Segunda Sala (Penal), rol 28842-2015, Ministerio Público con Claudio Huentecol Huentecol y otra.

Corte Suprema - Rol: 3784-2009, de fecha 10 de septiembre del 2009.

Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 02 de agosto de 2012, rol de ingreso N° 581-2012.

Corte de Apelaciones de Temuco, causa Civil-332-2013, de fecha quince de julio de 2013.

Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 21 de agosto de 2012, rol de ingreso N° 635-2012.

Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 17 de julio de 2012, rol de ingreso N° 499-2012.

Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 4 de enero de 2012, rol de ingreso N° 1192-2011.

Corte de Apelaciones de Iquique, en causa Rol 34-2009, del 6 de mayo del 2009.

Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) contra el Estado de Chile, N° 327, sentencia de 29 de mayo de 2014.

Opinión Consultiva, CIDH, OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

Tribunal de Familia de Iquique, RIT P-997-2008, del 6 de marzo del 2009.